

〔京都学園法学 1994年 第1号〕

《紹介》

サヴィニー「現代ローマ法大系 第一卷」

小橋一郎訳〔成文堂 一九九三年〕

石田 喜久夫

ー いま、なぜサヴィニーか

本書は Freidrich Karl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd.I 1840 の訳書であるが、古典の翻訳にあたっては、訳者が、「はしがき」なり「あとがき」において、かなり詳細な解題を試みるとともに、これまた綿密な訳注を付するのを常とする。にも拘わらず、本書の訳者である小橋教授は、極めて禁欲的であって、末尾に一頁余の「訳注」・「解題」としてサヴィーの簡単な経歴年表と現代ローマ法大系の刊行年と目次の記載計三頁・「あとがき」一頁余を加えているにすぎない。その理由は、「訳者は、商法解釈学に携わってきた者であって、ローマ法や法思想史については知識に乏しいし、翻訳の経験もないので、翻訳業に不適任であることはみずから熟知している。ただ、訳者は、原著を私法解釈学の原点と考えているのであるが、わが国において原著が必ずしも多く読まれていないように思うので、いささかでも原著への橋渡しになればと願ひ、拙訳を顧みず刊行する決心をした次第であ

る。気品溢れる原著の趣を伝える能力などまったくもない。せめて逐語訳に徹したつもりであるが、それでも誤りが多いと思う。お許しいただきたい。」（「あとがき」三七九頁）との、抑制の利いた叙述から推測されるであろう。

サヴィニーの法律学なканずく法源論と解釈論を永遠の相のもとに眺めるときは、そのみを認識の対象とすれば足り、これを取り巻くさまざまな事情や経緯を捨象してその当否を論ずれば、ことは畢るのであつて、時代による被制約性ないし理論の相対化を語ることは、ほとんど無意味とも云いうるであろう。しかしながら、なべて理論を歴史的に相対化することによつて、理論じたいがより鮮明に認識・了解され、その現代的意味を現実化させうることに、十分留意しなければなるまい。不十分ではあるが、現在、どのような問題意識のもとに、サヴィニー理論が検討されているかを、いささか外在的に眺めてみる所以である。

一九八八年、原島教授は、すぐれて現代的な問題——約款論や錯誤論など——への対処につきサヴィニーを持ち出すのは「時代錯誤」ではないか、との批判的疑問を想定して、次のように説いた。「古典的民法に立ち帰れば、死にかけた市民法がよみがえり、そのまま現代社会に妥当する、とわたくしは言っているのではない。むしろ、サヴィニーに帰つてみると市民法の変質・崩壊の様相があらわに見えてくる。これをまともに見据えなければ対応の方法は見つからない、とわたくしは考える。たしかにこの対応の手法は、現代の経済的・社会的条件に規定されたあらたな手法を編み出さねばならない。この点にサヴィーの『限界』を言おうとすれば、言つてもよい。しかし、この対応の手法がよしんば屈折したかたちをとり、市民法の矛盾を解消するのではなく、むしろ矛盾をいつそう深めるものであるとしても、「中略」なおサヴィニーに体现された法思想の中核的部分をさらに展開する（weiterführen）もの、と言えるのではなからうか」と。⁽¹⁾このような原島教授の言明は、一九七七年にマールブルグ大学図書館へ移されたサヴィニーの遺稿類に基づきドイツで展開を見た新たなサヴィニー研究に定礎されている、と見てよい。すなわち、一九

八〇年代のはじめ、わが国においても、石部教授を中心に彼地での研究状況が詳しく紹介され、これに触発されて⁽²⁾原島教授の精神が躍動するに至ったと思われる——もともと右のサヴィニー研究の展開は、「たんに新しいサヴィニー資料の発見だけに理由があるのではない、とおもわれる。われわれの背負う現代の課題がサヴィニーを呼び出し、その新しいイメージをつくり出す、と見るのが自然であろう。」⁽³⁾との指摘を、ここに引用して置かねばなるまい⁽¹⁾。

(1) 原島重義編「近代私法学の形成と現代法理論」〔九州大学出版会 一九八八年〕に収録された、同教授の「なぜ、いまサヴィニーか」と題する論稿の三三—三四頁。

(2) 石部雅亮「サヴィニー研究の新局面(上)(下)」書齊の窓三二二—三五頁、三二三—三四頁〔一九八三年〕、同「Aus der "Methodologie" im Nachlaß Savignys (1)~(3)」大阪市大法學雑誌三三卷二—四頁、四四—四六頁、四六—四八頁、三三卷二—四頁、三三卷二—四頁〔一九八七年〕のほか、桜田嘉章「サヴィニーのパンゲテン講義——一八四〇年／四一年冬ゼメスター講義の筆記録より国際私法の部分について——」(一)(二)北大法学論集三三卷三—三六頁〔一九八二年〕、三五卷五—一三四頁〔一九八五年〕を参照。なお、石部教授は、右のサヴィニー遺稿の開示によって触発された新しい研究(前掲「書齊の窓」を参照)を参酌して、ティボーとの間の法典論争に関する定説を再検討する(「いわゆる『法典論争』の再検討——『サヴィニーと歴史法学』研究 その一——」法学雑誌三九卷三—四号四四五頁〔一九九三年〕)とともに、右遺稿中の「実務法学の手引き」(Auleitung zur praktischen Rechtsgelehrsamkeit)に説かれているところが、サヴィニーの法学の構想とどの様に関係するのか、という問題意識にも促されて、法曹養成における修習生の教育・訓練の方法の歴史的考察に及んでいる(海老原明夫編「法の近代とポスト・モダン」〔東大出版会 一九九三年〕における『実務法学』(Praktische Rechtsgelehrsamkeit)について——レラチオーンステヒク(Relationstechnik)を中心に——同書一三七頁)。

(3) 原島編・前掲五四頁。

二 共有財産としてのサヴィニー

サヴィニー研究につき、¹、²、³の見識を示す河上教授は、一九九〇年につぎのように説いた。長きに失するとの識りを覚悟のうえ、引用に及ぶこととする。

「フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーは、『歴史法学の祖』としてドイツ近代法学の基礎を築いた。その巨大な業績に対する評価は、もちろん論者の立場によって様々に分かれるところであるが、『継承』『批判』『克服』と目標は様々であつても、その議論との対質を避けることは、現代の法学者にとつても不可能である。しかし対象が巨大であるが故に、そうしたサヴィニーの業績との対質の成果が、十分な形で学会の共有財産となり、消化されて来たとは言ひ難い面もなお残存している。本研究会「近代法史研究会」は、本誌に紙面をお借りして、従来の諸々のサヴィニー研究の成果の一端を以下順次取り上げて紹介し、サヴィニー研究における共通の前提が形成されるためのさやかな寄与をなしていきたいと考えている。」⁽⁴⁾というのである。

ところで、わたくしがサヴィニーの名を目や耳にすると、そして本書の訳者である小橋教授もおそらくそうであろうが、つねに大渕仁右衛門先生の面影が彷彿する。⁽⁵⁾大渕先生は昨一九九三年の夏に浄土へ旅立たれたが、意思の強い個性の豊かなお人柄であつた。国際法と民法とは性質のよく似た法——*Pacta sunt servanda*——であつて、当事者の意思が α であり ω でなければならぬ、とされていた。お目にかかつて間もなく、「石田君、水一升、いや酒一升でもよろしいが、これを量るにはどうすればいいでしょうか。」と問われて、目を白黒させたことを鮮やかに記憶している。いうまでもなく、「枴をつくる。」というのが正解なのだが、すぐ答えられなかった無念さから、「枴はどうしてつくるのですか？」など、愚にもつかぬ反問を發したことであつた。ひとによって応答は異なつたであろうが、

本書の小橋教授をはじめとして、濱上則雄教授も故人の高橋三知雄教授も、同じ質問を受けて、それぞれサヴィニーの System des heutigen römischen Rechts の世界へ案内していただいたのである。サヴィニーの所説こそが、先生の言われる枡なのであって、これに照らして諸説の是非を判定すべしというお考えであった。週に一度か二度それぞれ四時間ほどを費やして、一対一でひと区切れつつ音読して邦訳する、というやり方であったが、厳しいことに、誤りは指摘されるが先生みずから正答を教えられることはなく、自分の力で正解を見出すための示唆を与えられるにとどまった。一〇行ほどに一時間を要することさえ稀ではなかった。「永遠なるサヴィニー」とお考えの先生にあっては、われわれが自らの力で彼の所説を追いつることが最小の要請であったにちがいない。⁽⁶⁾

- (4) 石田喜久夫・村井正・河上倫逸編「Jurisprudentia 国際比較法研究Ⅰ」〔ミネルヴァ書房 一九九〇年〕所載の、河上倫逸（近代法史研究会）編「共有財としてのサヴィニー研究(1)」一六〇頁。以下には「The American Journal of Comparative Law, Volume 37, Number 1 [1989] に寄せられた」Gerhart Kegel, Story and Savigny (←Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln) (石井幸三)「Herman Klenner, Savigny's Research Program of the Historical School of Law and its Intellectual Impact in 19th Century Berlin (龍井一博)」「Mathias Reimann, The Historical School against Codification: Savigny, Garter and the Defeat of the New York Civil Code (石井幸三)」「Joachim Rückert, The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900 (耳野健二)の紹介が収められている。また「Jurisprudentia II」〔一九九一年〕一一六頁以下には「American Journal. op. cit. 所載の「Stefan Riesenfeld, The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples (沼田真理子・竹本健)」「Karl A. Mollnau, The Contribution of Savigny to the Theory of Legislation (齊藤司・樺島博治)」「Michael H. Hoeltich, Savigny and his Anglo-American Disciples (滝井一博)」「John E. Toews, The Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State (樺島博治)」「Studia zur Philosophie und Literatur des 19. Jahrhunderts, Bd. 3, Philosophie und Rechtswissenschaft

[1969] 所収の Walter Wilhelm, Savignys überpositive Systematik (耳野健一)、『ちふびに Jus Commune 8. 1980 (Savigny 生誕二〇〇年記念号) 所収の Helmut Coing, Savigny und deutsche Privatrechtswissenschaft (飯野靖夫) の紹介がある。さらに Jurisprudentia III [一九九三年] は、『Ius Commune a.a.O. 所収の Kunt Wolfgang Nörr, Das Aktienrecht bei Savigny (西川珠代)』Armin Wolf, Savignys "Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels in neueren Europa" (岡本耕治) Helmut Coing, German "Pandektistik" in its Relationship to the Former "Ius Commune" (廣野元章) Joachim Rückert, Savignys Konzeption von Jurisprudenz, Philosophie und ihre Folgen bis heute (耳野健一) の紹介を掲載している。いずれも河上教授の編にかかる (括弧内は紹介者名)。サヴィニーの広汎にわたる深い影響を知りうるであろう。

(5) 石田喜久夫「民法学事始」〔成文堂 一九八五年〕一九一頁に、大淵先生との出会いを誌したことがある。

(6) たとえば囲碁の最良の教授方法は、相手が定石を誤ったり緩着ないし落手を犯した場合、局後でもただちに正解を教えないで、試行錯誤を繰り返しつつ自らそれを発見させることである、と云われる。身につく教え方というのは大淵先生流を以て最たるものと云うべきか。

三 現代私法学にとってのサヴィニー

いま世紀末にさしかかって、私法学——法律学と云いたいのだが——は転機を迎えているように思われる。価値観の多様化という精神的レベルにおいても、ナショナリズム、少数民族論議などが醸し出す政治論の局面においても、国家社会は、分解と統一という逆方向への推進力によって解体の危機に瀕していると云っても過言ではない。たしかに、わが国の現状に即して日本国の分解を云うのは、非現実的な極論ではあろう。しかし、この国においても、齋一的な法の存在を語ることに対して、国家と比較にならない小規模な共同体の観念的自立を説いたり、これをも否定し

てまさに原子論的に社会をとらえようとする傾向は、ひとびとのアイデンティティを危殆化する危険なしとしない。

ところで、大淵先生ご自身は、「現代ローマ法大系」八巻をくり返し通読されている様子であったが、私法学とくに民法学に志している者にとつては、第一巻が、なかならず法源論と法の解釈に関するサヴィニーの見解が、とりわけ重要だ、とお考えのようであった。一対一の読書会が法源論で終わるのを通例としたことが、その間の事情を物語るように思われる。ともあれ、サヴィニーが、理性法としての法源論ないしこれを支える汎ヨーロッパ的啓蒙主義およびドイツ的自然法論に異議を唱え、近代国家に全能を見ようとする信仰に反対し、法を立法者の恣意から切り離したこと——それゆえに、民族の法的確信⁽⁷⁾民族法（Volksrecht）が法の源であり、制定法も学問法も慣習法もその現象形態にすぎない、との主張に至ったこと——は、現代においてこそ注目されなければならない⁽⁷⁾。そこから、自由な意思に基づく自己決定も、普通取引約款に対する態度決定や約款規制法に対する評価なども、系として導出されるように思われる。その理論的関連をどのように解するかは、論者にとってさまざまであるにしても。

たとえば、現代の契約に関して、「関係的契約法のもとにおいては、紛争解決に際し、古典的契約法が想定しているよりはるかに多くの事情を考慮することを要請するだろう。〔中略〕これは、契約紛争の解決を、単なるルールの適用としてではなく、契約関係という時間の経過と事実の変動を伴う実態を全体として事後的に評価し、適合的な規範を見出す過程として理解する視点と言え⁽⁸⁾。」とみる見解が、周知のように、注目を浴びている。これにつき、ヤーコプスの一連のサヴィニー研究が明らかにしたことのひとつとして、サヴィニーは、普遍的・一般的なものに対して、特殊的・個別具体的なものの尊重に到達したという、指摘に立脚する、左の如き所説がみられる。すなわち、「差異や多様性を普遍的な規範からはみ出すもの・カオスとして否定的に評価せず、肯定的に捉えた上でどう対処していくかが、現代法学でも課題だとすれば、それが、法における個別具体的なものを扱う方法を模索したサヴィニー

の思想と一定の親近性をもつのも、理解できないことではないように思われる。⁽⁹⁾」というのである。わたくしは、これに論評を加えるつもりはないが、サヴィニーにあっては、「民族」があくまで主役であること、それぞれの民族の意識のなかには、個性的なものと普遍的なもの（＝自然法的なもの）が併存すること、民族精神はそれぞれ自己固有の自由な意思を持つ民族構成員のひとりびとりに共通に存在し働いていることなどを、そのさいあわせて銘記するべきではないか、と思う。⁽¹⁰⁾

(7) 児玉寛「古典的私法自治論の法源的基礎」（近代私法学の形成と現代法理論——一九頁以下所収）は、一〇〇頁近い大作であり、その標題に必ずしも対応するとはいえない、サヴィニー理論の重要な——本文記述のそれをも含めて——ふし、ふしについて、含蓄の深い考察をおこなっており、少なからず教示をうけたが、ここで詳しく論及する余裕はない。しかし、このさい、サヴィニーがカント的理性を前提としていたかのごとく説く向きもあることとて、ネルの「サヴィニーは——多くの同時代人と同じく——カント的なりゴリスムスとフォルマリススムスに不満であった、と。これは理性の法則のもつ冷やかさにもあてはまる。サヴィニーはこれにたいして、『生き生きとしていることと明らかであること、内的であることと暖かさ、心情へと転化すべき気分』つまり感情に訴えるものを擁護したのである。」との指摘を、肯定的に引用しておきたい（ディーターネル・耳野健二訳「サヴィニーの直観とカントの判断力」Historia Juris比較法史研究3「未来社 一九九四年」三〇七頁）。

(8) 内田貴「契約の再生」〔弘文堂 一九九〇年〕一七七頁。

(9) 赤松秀岳「法源としての法学・ヤーコプスのサヴィニー研究——サヴィニー研究の新たな展開（続）——」熊本法学七六号〔一九九三年六月〕七一頁。なお、赤松助教授はこれより先の一九九三年三月に刊行された、高島平蔵先生古稀記念「民法学の新たな展開」〔成文堂〕一頁以下所載の「サヴィニー研究の新たな展開」において、左のごとく述べている。「立法者は、立法の時点での法状況を知るとどまる。しかし、その後、新たな法状況は刻々と生じ続ける。したがって、現在の法状況を一番よく知るのは現代の法学である。だから法形成は法学の自由な議論に委ねられるべきである。この思想にヤーコ

プス〔Jakobs〕は普遍的意義を認めるのである。ところで、ヤーコプスがいうように、国家の制定法とは違い、法学による法発見に試論以上の拘束力が認められないのは、それが議論の場での一提案でしかないからであるといえよう。その時々、何が法かをめぐる議論で最後に残るのは、結局、説得力を最もよく内在させている意見である。それぞれの意見は一つの提案以上のものではなく、どれだけ説得力をもつかは議論の場で試されるのである。」（二九頁）と。これはヤーコプスの所説でもあり、そこには、ハーバーマスに代表される現代的知性の根底に流れるどうしようもないペシミズムが見え隠れするように、わたくしには思われる。サヴィニーならば、どのように言うであろうか。

（10）この点に関し、耳野健二「サヴィニーにおける法的世界の概念構造について——一般的要素と個別的要素の関係を中心に——」（一）（二）完」（法学論叢一三三巻一号六七頁以下、五号一〇三頁以下 一九九一年）は、副題からも容易に推測されるように、サヴィニーにおける一般性と個別性との対立と媒介という契機を重視し、これによってサヴィニー理論を説明しようとする作品である。たとえば、「法概念には個別的要素と一般的要素が含まれているが、これらは具体的な法生活に現れるフォルクの歴史的個性の刻印を帯びた法的な生活関係と、これに対応した内的必然的な規範の構造であるという関係にあり、両者は弁証法的な関係を通じて、現実の法生活に解消されると考えられている。この意味で、規範とは、現実の生活関係に生じる行為の連関そのものに内在する価値関係のことである。」（五号一二三頁）というふうには、その基本的発想は適切なように思われる。

四 わたくしの本書のすすめ

ここで法源論についてなお縷説に及ぼうなどとは思わない。法の安定性ないし確実性とその社会的適合性の調和がいかなる法秩序のもとにおいても要請されること、言を俟たない。制定法は立法とともに現実から乖離しはじめる。法の解釈がその重要性を増すわけであるが、法解釈という精神活動は、「われわれが法律をその真実において認識すること、すなわち、その真実が規制どおりのやり方の適用によってわれわれに認識しうるものとなるように認識す

ること」にほかならないのであるから、「それは、どの法律においても、法律が実生活に入り込むべきときには必要であり、このようにそれが一般的に必要なことで、同時にそれが正当づけられる。」（一九五頁）という。ともあれ、「解釈は、一つの技術であり、そのための教養は、われわれがたつぷり有している古い時代新しい時代の優れた模範によって促進される。」（一九七頁）が、法の形成ではあり得ない。このように、「サヴィニーの意図は、法律の解釈と法の形成の限界を明確にし、そのことによって、かえって法の形成の可能性を模索し、その発展の方向を見定めることを可能にするものだといえることができる。法律の根拠による解釈（とくに拡大・制限解釈）について慎重な態度を持ち、類推解釈と法の形成によって社会の発展に対応することを企図したとみることができる。法律の根拠による解釈や類推といった解釈方法がどのような意味と機能をもっていたか、再評価に値すると思われる。」との指摘に共感を覚える。しかし、現代のいかなる局面において、どのような解釈技術を駆使し適切妥当な帰結をもたらしうるかを論じるのは、小稿の範囲を超える。本書を通じて追体験的にもろもろの作法を身につけることから、すべては始まるというほかない。⁽¹²⁾

さいごに、翻訳書は原文よりわかり難いとししば云われるが、本書はいわゆる直訳調であるものの、わたくしには理解しやすいように思われるという感想を付加しておきたい。訳文は、たとえばコンピューターによる語の置き換えなどとは異なり、訳者の創作なのであるから、誤訳であると決めつけたり、適訳でないなどと云うべきではなく、好みの問題とみるべきものであろう。

本書が、「法律関係の考察において、その特別の内容をすべて捨象すると、法律関係の一般的本質として、一定の仕方では規程される複数の「mehrere」人間の共同生活が残る。……だが、実際には、人間が共同生活をする所ではどこでも、歴史から知られるかぎり、そういう人間が一つの精神的共同体の中にあり、その共同体が同じ言語の使用

によってその存在を示し、また強固になり、発達することが認められる。この自然的全体のなかに、法を生み出す本拠がある。というのは、個々人に浸透している共通の民族精神〔Volkgeist〕の中に、上述のところで認められた必要〔石田注・法の必要性〕を満足させる力があるからである。」（四四―四五頁）と訳している個所は、最も近時の他の訳では、次のようになっている。

「法律関係を考察する際にその特殊の内容をすべて捨象すると、その一般的な本質として残されるのは、一定の規律をうけた、複数の人間による共同生活である。……しかし実際に、人間が共同生活をする場合に見うけられることや、また歴史が語るところによれば、それらの人間は精神的共通性のうちにあり、この共通性は同一の言語の使用によつて知られ、確固としたものにされ、完成される。この個々人を貫く共通のフォルクの精神に、法産出への欲求を満たす力があるのであり、それゆえ、この自然的統体にこそ法産出の座があると言わねばならない。」⁽¹³⁾というふうな。小橋教授の年齢に近いわたくしの感覚には、本書の訳が合うように思うが、両者の優劣を論議しているのではなく、いわば小橋調の一端を披露に及んだだけのことである。

(11) 石部雅亮「法の解釈について」近代私法学の形成と現代法理論一一七頁。

(12) サヴィニーの理論なり思想を追体験的に理解するには、原著成立の背景を理解しておくほうが望ましい。巨細にわたってこれを試みることは「木を見て森を見ず」の結末に至りかねないが、せめてサヴィニーの時代の一般的法状況の解説があれば、という望蜀の思を呈したおきたい。本書冒頭の「現代ローマ法」「ドイツにおける普通法」における記述は、パンデクテンの現代的慣用としての普通法に対する理解なしには、読者の目に奇異に映るであろうし、学問法（wissenschaftliches Recht）に関わる論述は、現在の法状況を前提に読むとき、人を困惑に導く危険性なしとしない。適切な解説を書くことの困難さ——とくに、序言（Vorrede）をどのように意味づけることができるか、わたくしには全く自信はないが——を、重々心得ているつもりではあるが、それでもなお、読者に若干難きを強いるのではないかと念を払拭

しきれない。

(13) 耳野・前掲法学論叢一三三巻五号一〇五頁。確定的な翻訳ではない訳文を引用するのは、著者の本意に反するかもしれないが、訳文として公刊されていることに鑑みご了承を得たい。参考のため、いまひとつ対比しておく。「人間は、外界のまっただ中にあり、人間にとつて、この環境の中で最も重要な要素は、性質と運命によって自分と同じである者との接触である。ところで、自由な存在者たちが、このような接触の中で、自分たちの発見において互いに妨げあわずに促進しあいながら、共存すべきとき、このことは、目に見えない境界を承認し、その境界内で各個人の存在が、また活動が確実に自由な範囲を得るということによってのみ、可能である。そういう境界を定め、これによってこの自由な範囲を定める規則が、法である。」(二九七頁)と、「人間は外界に取り巻かれていて、この人間を取り巻く環境の最も重要な要素は、同じ性質と規定性を与えられた者どもとの交流である。この交流において、自由な存在が互いに併存し、相互に励ましあい、妨げあうことなく成長して行くならば、それは、一つの目に見えない境界を承認することによって初めて可能となる。これは、その内側において、すべての個人の現存在とはたつきが自由で確固とした領域を得られるような境界である。この、自らの境界を画定することで、結果的に自由な領域を画定するところの規則が、法である。」(耳野・前掲一〇四頁)とである。この場合、後者のほうがわたくしの好みに近いように思うが、とにかく訳業の困難さを痛感する。理解するに必ずしも容易とは云えない古典的名著を、正確にして重厚な訳書として再現された小橋教授に対し、限りなき敬意を表して紹介の筆を擱く。